



1 OCT 2009

696-R/08

B

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Social**  
**SALA GENERAL**  
SENTENCIA

Presidente Excmo. Sr. D: Gonzalo Moliner Tamborero

Fecha Sentencia: 22/07/2009

Recurso *Num.:* UNIFICACIÓN DOCTRINA 3044/2008

**Fallo/Acuerdo** = Sentencia Desestimatoria

Votación: 15/07/2009

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA SOCIAL

**Ponente Excmo.** Sr. D. José Luis Gilolmo López .

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Mosqueira Riera

Reproducido por: rgl

Nota:

**JUBILACIÓN ANTICIPADA Y PARCIAL DEL PERSON ESTATUTARIO. NO ES POSIBLE MIENTRAS NO SE DESARROLLE E REGLAMENTARIAMENTE EL ART. 166 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL RESPECTO A ESE COLECTIVO.**



**Recurso Num.: UNIFICACIÓN DOCTRINA/3044/2008**

**Ponente Excmo. Sr. D.: José Luis Gilolmo López**

**Votación: 15/07/2009**

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Mosqueira Riera**

**SENTENCIA NUM.:  
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL  
SALA GENERAL**

**Excmos. Sres.:**

**D. Gonzalo Moliner Tamborero  
D. Aurelio Desdentado Bonete  
D. Antonio Martín Valverde  
D. Fernando Salinas Molina  
D. Jesús Gullón Rodríguez  
D<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea  
D. Luis Fernando de Castro Fernández  
D. Jesús Souto Prieto  
D. José Luis Gilolmo López  
D. Jordi Agustí Juliá  
D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga  
D. José Manuel López García de la Serrana  
D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol  
D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún**

---

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil nueve

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. [redacted] en su propio nombre y representación, contra sentencia de fecha 23 de julio de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, en el recurso nº 769/08, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad



Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Servicio Andaluz de Salud contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Granada, en autos nº 701/07, seguidos por D. [redacted] frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, sobre Prestaciones.

Han comparecido en concepto de recurridos, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y el Letrado de la Administración Sanitaria, en nombre y representación del Servicio Andaluz de Salud.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ,

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 17 de diciembre de 2007 el Juzgado de lo Social nº 2 de Granada dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por D.

contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Servicio Andaluz de Salud, debo declarar y declaro el derecho del actor a lucrar la pensión de Jubilación Parcial con el porcentaje acorde a su reducción de jornada respecto del 85% de su base reguladora, con los incrementos, actualizaciones y revalorizaciones que fueran oportunas y desde la fecha reglamentaria establecida, y con revocación de las resoluciones administrativas impugnadas."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1. Que el actor, D. [redacted] nacido el 28 de mayo de 1944, con DNI nº [redacted] afiliado a la Seguridad Social con el nº [redacted] e inscrito en el Régimen General, ha prestado servicios como enfermero en el Distrito Sanitario de Granada del Servicio Andaluz de Salud, desde el 15 de diciembre de 1971. 2. La Dirección del Distrito Sanitario no puso objeción a la reducción de jornada en el porcentaje necesario ni en la contratación de relevista procedente de la bolsa de contratación provincial e inscrita en el Servicio Andaluz de Salud como demandante de empleo, acordándose el 15 de septiembre de 2007 una reducción de jornada y retribuciones del 85%, quedando su jornada en el 15% de la precedente. 3. Se incoó el 13 de septiembre de 2007 expediente administrativo a tal efecto, dictándose resolución por la Directora Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se denegaba con fecha de 18 de septiembre de 2006 la prestación por jubilación al no acreditar los requisitos establecidos en el Real Decreto 1131/02, de 31 de octubre, en relación con el artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social, por estar pendiente de desarrollo reglamentario la jubilación parcial del personal estatutario de la Seguridad Social y no poder realizar el Servicio Andaluz de Salud los contratos de relevo del artículo 12.6º del Estatuto de los Trabajadores. 4. Interpuesta reclamación

previa el 25 de septiembre de 2007 fue desestimada por resolución de 3 de octubre de 2007. La demanda iniciadora de estos autos se planteó el 10 de octubre de 2007. 5. El actor ha estado de alta en el sistema de la Seguridad Social un total de 21.105 días, habiendo estado en alta como personal del Servicio Andaluz de Salud desde el 15 de diciembre de 1971, compatibilizando su prestación servicial con otras prestadas para terceras empresas ajenas al Servicio Andaluz de Salud desde entonces. Constan también cotizaciones al mismo régimen desde el 10 de noviembre de 1959 (vida laboral de su ramo de prueba).

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y el Servicio Andaluz de Salud, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, la cual dictó sentencia en fecha 23 de julio de 2008, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando los recursos de suplicación interpuestos por INSS, TGSS y SAS contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Granada en fecha diecisiete de diciembre de dos mil siete, en autos seguidos a instancia de \_\_\_\_\_ en reclamación sobre Prestación de Jubilación Parcial contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Servicio Andaluz de Salud, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda rectora de los autos absolvemos a las demandadas de las pretensiones ejercitadas en su contra, confirmando las resoluciones administrativas denegatorias, objeto de impugnación con tal demanda."

**CUARTO.-** Por D. \_\_\_\_\_, Letrado, en su propio nombre y representación, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de fecha 10 de marzo de 2006, recurso nº 879/05.

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 27 de noviembre de 2008 se procedió a admitir el citado recurso, y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de mayo de 2009.

**SEXTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 5 de mayo de 2009, y dada la transcendencia y complejidad del asunto, se acordó suspender el señalamiento acordado, trasladando el mismo para el día 17 de junio de 2009, que a su vez se suspendió, señalándose para el día 15 de julio de 2009 para su deliberación, votación y fallo en Sala General, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si una persona que, como el demandante, ostenta la condición de personal estatuario (enfermero en el Distrito Sanitario de Granada) en el Servicio Andaluz de Salud, cuyo régimen jurídico esencial viene regulado por el Estatuto Marco aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, y que se ve igualmente afectado por el vigente Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, puede acceder a la jubilación parcial (anticipada además en este caso, dada la edad de 63 años que tenía en la fecha de la petición), tal como él mismo solicitó el día 13 de septiembre de 2007, según es de ver en el pertinente impreso unido al folio 17 de los autos, incoándose en esa misma fecha el oportuno expediente administrativo (hecho probado 3º). La sentencia recurrida otorga a tal cuestión una respuesta negativa, mientras que el propio actor y la idónea sentencia de contraste que invoca, como seguidamente veremos, sostienen la tesis contraria.

2. Las principales circunstancias fácticas concurrentes en el caso de la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía con sede en Granada el 23 de julio de 2008 (R. 769/08), son las siguientes:

a) El actor, nacido el 28 de mayo de 1944, como se dijo, personal estatuario del Servicio Andaluz de Salud, afiliado y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, ha prestado servicios como enfermero (ATS) en el Distrito Sanitario de Granada desde el 15 de diciembre de 1971.

b) La dirección de dicho Distrito Sanitario no puso objeción a la reducción de su jornada en el porcentaje necesario ni a la simultánea contratación de la trabajadora relevista procedente de la bolsa de contratación provincial e inscrita como demandante de empleo, acordándose el 15 de septiembre de 2007 una reducción de jornada –la del actor- del 85%, quedando, en consecuencia, en el 15 % de la precedente –la de la relevista-.

c) Iniciado (por solicitud presentada ante el INSS el 13 de septiembre de 2007: folio 17 de los autos) expediente administrativo de jubilación, la entidad gestora resolvió el día 18 del mismo mes y año (en la relación de hechos probados, por un claro error material, según se advierte en la propia resolución –folio 28-, se cita el año 2006) que no procedía reconocer la prestación de jubilación parcial, al no acreditar los requisitos establecidos en el RD 1131/02, de 31 de octubre, en relación con el art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), por estar pendiente de desarrollo reglamentario la jubilación parcial del personal estatuario de la Seguridad Social y no poder realizar el Servicio Andaluz de Salud los contratos de relevo del art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

d) Tras agotar la vía previa el 25 de septiembre de 2007, desestimada por una nueva resolución administrativa de 3 de octubre siguiente, el solicitante interpuso la demanda origen de las presentes actuaciones el 10 de octubre del mismo año, que fue estimada en su integridad por la sentencia dictada en instancia por el Juzgado de lo Social nº 2 de Granada.

3. La Sala de procedencia, al acoger favorablemente el recurso de suplicación del INSS, revocó la resolución de instancia y desestimó la pretensión. La razón principal esgrimida por la Sala de Granada para llegar a la conclusión desestimatoria consiste en afirmar que la posibilidad de jubilación parcial prevista en el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/2003) "está pendiente de desarrollo reglamentario" y que el Servicio Andaluz de Salud no puede realizar los contratos de relevo del art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores; en ese mismo sentido ha de entenderse el art. 67 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, todo lo cual, además, "viene corroborado", según dice, por el contenido de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas específicas en materia de Seguridad Social, cuya Disposición Adicional Séptima establece expresamente que el Gobierno presentará en el plazo de un año un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, incluido el personal estatutario.

**SEGUNDO.-** 1. Aduce el recurrente que la citada sentencia de la Sala de Granada aplica de forma errónea tanto el art. 26.4 del Estatuto Marco como la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, e implícitamente denuncia la infracción del art 166 de la Ley General de la Seguridad Social. Señala, tanto en el escrito de preparación como en el de interposición, dos sentencias de contraste.

La primera, dictada el 2 de enero de 2008 (R. 357/2007) por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid, no resulta idónea porque, como tantas veces ha declarado esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la función unificadora del presente recurso únicamente afecta a las sentencias dictadas por esta misma Sala o por las distintas Salas del mismo orden social de los TTSSJJ, sin que pueda extenderse, de forma directa o indirecta, a otros órdenes jurisdiccionales (por todas: SsTS4ª 19-6-2002 y 2-7-2002, R. 3291/01 y 3298/01; y AaTS4ª 17-3-1998, R. 3418/1997, y 8-2-2005 y 1-3-2005, R. 1730/04 y 1199/04).

La segunda sentencia referencial, dictada el 10 de marzo de 2006 (R. 879/05) por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias con sede en Tenerife, confirma el fallo de instancia y declara el derecho del actor a que se le reconozca la jubilación parcial con reducción del 80% respecto de su jornada hasta la jubilación definitiva. Los principales elementos fácticos de esta resolución son los siguientes:

a) El demandante, nacido el 6 de marzo de 1941, como en la ahora recurrida, también era personal estatutario (calefactor, grupo D) y prestaba servicios para el Servicio Canario de Salud en el Hospital General de La Palma, con antigüedad del 4 de enero de 1997.

b) Solicitada la jubilación parcial, el referido Servicio de Salud, por resolución de 3 de agosto de 2004, aceptó la petición y señaló que la jubilación del actor se produciría al finalizar la jornada laboral del 14 de octubre de 2004, procediendo al nombramiento de personal estatutario eventual para la



prestación de servicios complementarios de reducción de la jornada por jubilación parcial.

c) El INSS denegó la solicitud por entender que tal posibilidad no estaba prevista para el personal estatutario dentro de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

La Sala de Tenerife considera que el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/2003) reconoce la jubilación parcial al personal estatutario, remitiéndose a los requisitos generales establecidos en la normativa de la Seguridad Social, sin que en el cuerpo, en las disposiciones adicionales o en las transitorias de aquel Estatuto se posponga su entrada en vigor, o su aplicación, a desarrollo reglamentario alguno; el segundo párrafo del mencionado precepto, al entender de dicha Sala, no contempla otra previsión que la posibilidad de fomentar ese tipo de jubilaciones por las Administraciones Públicas en supuestos de reordenación de recursos humanos.

2. En contra de lo que sostiene el INSS en su escrito de impugnación, concurre el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 217 de la LPL respecto a la sentencia de la Sala de Tenerife, pese a que cuando ésta se dictó, obviamente, aún no habían entrado en vigor ni el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007) ni la Ley 40/2007, porque la discrepancia fundamental entre las dos sentencias sometidas al juicio de identidad consiste en que mientras en la recurrida la razón esencial de la desestimación estriba en entender que el art. 26.4 del Estatuto Marco requiere desarrollo reglamentario para permitir la jubilación parcial del personal estatutario, la sentencia referencial considera innecesario tal desarrollo. Es ahí donde se produce la contradicción y ello es, precisamente, lo que determina que una -la recurrida- rechace la jubilación parcial anticipada y otra -la de contraste- la reconozca. Es verdad que la sentencia aquí impugnada, para reforzar su tesis denegatoria, también menciona aquellas dos leyes (7 y 40/2007), ninguna de las cuales estaba vigente en el momento en que el INSS denegó (en agosto de 2004, como vimos) al demandante de la sentencia de contraste su jubilación parcial. Pero la cita de ambas disposiciones legales por la sentencia recurrida se hace, indudablemente, a mayor abundamiento y, en el caso de la Ley 40/2007, asegurando que viene a "corroborar" la previsión del art. 26.4 del Estatuto Marco, que, como dijimos, es la norma directamente interpretada y aplicada (no se trata, pues, de una comparación abstracta de doctrinas, lo que haría inviable el recurso de casación unificadora [por todas, SsTS4ª 12-6-2007, 10-7-2007 y 12-12-2007, R. 2147/06, 5541/05 y 952/06], sino de dos pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales) de manera radicalmente distinta por las sentencias comparadas, desde luego siempre en relación con el art. 166 de la LGSS. Procede pues, de conformidad con lo informado a este respecto por el Ministerio Fiscal, que esta Sala establezca la buena doctrina, que, como seguidamente se verá, es la contenida en la sentencia recurrida.

**TERCERO.-** 1. El art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) regula dos distintas modalidades de jubilación parcial. La primera, que, con doctrina autorizada, podríamos denominar "autónoma", es la prevista en el

número 1 de dicho precepto, en la redacción anterior a la hoy vigente Ley 40/2007, y es aquella situación a la que pueden acceder "los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación" y que, reuniendo los requisitos para causarla, decidan continuar prestando servicios parcialmente, en jornada no inferior al 25 % ni superior al 85 % de la que venían realizando. Esta posibilidad no requiere la simultánea celebración por parte del empresario de un contrato de relevo con otro trabajador, aunque la novación contractual que conlleva respecto al vínculo con el jubilado parcial parece necesitar de la concorde voluntad de los contratantes.

La segunda modalidad de jubilación parcial es la anticipada que contempla el número 2 del mismo art. 166 LGSS, también según la redacción anterior a la nueva Ley 40/2007, y se refiere a "los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general", quienes podrán acceder a ella "en las condiciones previstas en el apartado 6 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

El régimen jurídico de una y otra modalidad de jubilación parcial (la autónoma y la anticipada) será, como literalmente dispone el número 4 del art. 166 LGSS desde que fuera añadido por la Ley 35/2002, de 12 de julio, "el que reglamentariamente se establezca".

Conviene destacar desde ahora que ambos modelos de jubilación parcial están referidos expresamente a "los trabajadores", tanto en la dicción legal (art. 166 LGSS) como en la reglamentaria (arts. 1.1 y 10 RD 1131/2002, mencionando éste último, con mayor precisión aún, a los "trabajadores por cuenta ajena"), y tal condición, en principio y desde luego en su estricto sentido técnico jurídico, sólo cabe atribuirlos a quienes prestan voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. Y aunque esas notas (prestación de servicios, retribución, ajenidad y sometimiento al ámbito de organización y dirección) que definen y caracterizan el contrato de trabajo, están igualmente presentes en la relación estatutaria, la expresa remisión que el art. 166.2 de la LGSS hace al art. 12.6 del ET permite reconocer que la voluntad del legislador, cuando previno esta posibilidad de jubilación parcial (y desde luego a la anticipada), únicamente se refería a quienes prestaban servicios en el ámbito de aplicación del ET, del que, como se sabe (art. 1.3.a ET), se encuentran excluidos, también de forma expresa, los funcionarios públicos y todos aquellos que presenten servicios para el Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, siempre que, al amparo de una ley, su relación se regule por normas administrativas o estatutarias.

Por supuesto, nada hubiera impedido que, en una mejor y más depurada técnica legislativa, el art. 166 de la LGSS hubiera excluido de manera aún más clara la posibilidad automática, o no condicionada a la aprobación de un posterior reglamento, de la jubilación parcial anticipada del personal estatutario. Sobre todo si se tiene en cuenta que el sistema de previsión social (Régimen General de la Seguridad Social: art. 17.1. i del

Estatuto Marco) de dicho personal, a diferencia de lo que sucede con la relación funcional común, es el mismo que el de los trabajadores por cuenta ajena y que, en teoría y en una primera aproximación a esta cuestión, quizá cupiera la posibilidad de que la vacante (parcial) que el estatuario dejara como consecuencia de su jubilación anticipada y parcial, desde luego siempre que se respete el mandato constitucional de provisión reglada mediante los criterios de mérito y capacidad (STC 99/1987), pudiera ser cubierta por la entidad pública responsable de la asistencia sanitaria, incluso en condiciones análogas a las previstas por el art. 12.6 del ET, mediante alguna de las técnicas extraordinarias de contratación temporal permitidas por la normativa estatutaria (art. 9 del Estatuto Marco) y que, como es notorio, vienen siendo tan profusamente utilizadas por todas las administraciones en los últimos tiempos. Ese sería, en todo caso, y si es que ello pudiera resultar compatible con el mecanismo novatorio implícito en un contrato de relevo, uno de los contenidos del futuro reglamento.

Probablemente tampoco resultarían insalvables las enormes dificultades que se intuyen en la plasmación, dentro de la secuencia jurídica triangular (administración sanitaria/jubilado parcial/relevista) o cuadrangular (entidad gestora/administración sanitaria/jubilado parcial/relevista), de los derechos y obligaciones del personal estatuario que aspire a alcanzar, anticipadamente o no, la jubilación parcial y a mantener la correlativa prestación de servicios en la pertinente proporción. Esta también sería, en su caso y entre otras cuestiones a resolver, la misión de la pertinente regulación reglamentaria que perfeccione en su día el derecho cuestionado.

Pero lo verdaderamente cierto y relevante a los efectos que aquí importan es que, como se dijo, tanto la referencia del art. 166.2 LGSS al término "trabajadores" como la mención directa que el propio precepto hace del art. 12.6 del ET, y, sobre todo, la expresa remisión al futuro reglamento que se contiene, merced a la adición introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, en el número 4 del mismo art. 166 de la LGSS ("El régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca"), permiten entender, con la sentencia impugnada, que el personal estatuario, al menos por ahora, no puede acceder a ese tipo de jubilación parcial, ni a la anticipada ni a la que hemos dado en denominar autónoma. El reglamento en sí parece configurarse pues como el presupuesto que el legislador ordinario ha querido establecer para que quepan este tipo de flexibilidades en la jubilación del personal estatuario.

2. Incluso fuera del ámbito de la relación estatutaria tampoco la jubilación parcial, anticipada o no, se encuentra universalmente perfeccionada. La disposición adicional 8ª.4 de la LGSS extiende la aplicación de la jubilación parcial ("en todo caso") a los trabajadores por cuenta ajena de todos los Regímenes Especiales pero respecto a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes del Mar, Agrario y Autónomos no lo hace de manera incondicional sino que simplemente lo anuncia "en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente". El art. 1 ("ámbito de aplicación") del RD 1131/2002 no menciona expresamente a los incluidos en el Régimen de Autónomos, citando en cambio a los "incluidos en el campo de aplicación del



Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar", sin que se haya aprobado hasta el momento una regulación reglamentaria específica de la jubilación parcial de los asegurados incluidos en el Régimen de Autónomos.

3. El art. 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, prevé que "el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social" podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, añadiendo igualmente que "los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos".

El precepto pues, además de permitir o abrir la vía a esa posibilidad de jubilación voluntaria, total o parcial, cuando traiga su causa en algún proyecto elaborado al respecto por la correspondiente Comunidad Autónoma, contiene una clara y expresa remisión a la normativa de Seguridad Social que sólo puede entenderse en la forma arriba expuesta y que, por tanto, no permite la jubilación parcial anticipada al personal estatutario mientras esa posibilidad no sea desarrollada reglamentariamente, tal como lo fue para el personal laboral a partir del ya derogado RD 1991/1984, de 31 de octubre, pasando luego por el RD 144/1999, de 29 de enero, y hasta llegar al vigente RD 1131/2002, de 31 de octubre, que, en el párrafo octavo de su preámbulo, justifica la necesidad de dictar normas de desarrollo y aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores.

4. De la misma forma, cuando la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su Disposición Adicional Sexta, se ocupa de la jubilación de los funcionarios, prevé que "el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos".

Tal previsión es sin duda la plasmación normativa a la que alude la exposición de motivos de la propia Ley 7/2007 cuando sostiene que "en desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales. Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su



normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público. Por lo que se refiere al personal laboral, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico, que regula las especialidades del empleo público de esta naturaleza, habrá de aplicarse la legislación laboral común”.

5. Y aunque por razones cronológicas no resulte de aplicación al caso, como tampoco lo era en el supuesto contemplado por la sentencia de contraste, la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, como criterio interpretativo que confirma o corrobora la firme y permanente voluntad del legislador sobre la necesidad de que exista un desarrollo normativo para que, tanto los funcionarios como el personal estatutario, puedan acceder a la jubilación parcial, conviene traer a colación, en fin, su Disposición Adicional Séptima, conforme a la cual, bajo la rúbrica de “Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos”, expresamente se establece que (párrafo primero) “en el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes”. “En dicho estudio [añade el segundo párrafo] se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior”.

6. En resumen pues, la modalidad de jubilación aquí cuestionada solo está claramente prevista y perfeccionada en el ordenamiento de la Seguridad Social (art. 166.2 LGSS), desarrollada reglamentariamente en la actualidad en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, para los trabajadores por cuenta ajena (art. 12.7 ET), pero necesita un desarrollo propio y específico (también reglamentario: 166.4 LGSS), entre otros que ya hemos apuntado en el nº 2 del presente fundamento de derecho, respecto a quienes, como el personal estatutario de los Servicios de Salud, tienen un régimen jurídico muy distinto en relación con la prestación de servicios. El Estatuto Marco, aunque contempla esa posibilidad, la condiciona a que, quienes tengan competencia para hacerlo –las CCAA-, así lo determinen en su ordenamiento específico “como consecuencia de un plan de recursos humanos” (art. 26. 4 Ley 55/2003). De forma similar, el Estatuto del Empleado Público (Disposición Adicional Sexta de la Ley 7/2007), con relación a los funcionarios, admite también la misma posibilidad pero igualmente sometida o condicionada a que el Gobierno presente “en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos”.



Y, en fin, la necesidad de ese posterior desarrollo normativo aparece confirmada y ratificada con mas claridad aún en la más reciente Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social, no aplicable por razones cronológicas al caso de autos, cuya disposición adicional séptima comina al Gobierno para que, en el plazo de un año (desde luego ya transcurrido con creces porque la Ley, según su Disposición Final Sexta, entró en vigor el 1 de enero de 2008), presente al Parlamento un estudio sobre la materia, es decir, sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, en el que se contemple la realidad específica del personal estatutario.

7. Para finalizar, conviene precisar que la única y confusa alusión que el recurrente hace a la igualdad del art. 14 de la Constitución se concreta en afirmar, en relación con las contradictorias respuestas de las sentencias comparadas, que "...se vería seriamente lesionada [la igualdad]... dependiendo del territorio en que se preste los servicios al sistema de salud", por lo que, desde esa perspectiva, la solución unificada que la presente resolución comporta satisface por completo el derecho fundamental invocado.

**CUARTO.-** Las anteriores reflexiones ponen de manifiesto que la doctrina correcta es la aplicada en la sentencia recurrida, por lo que, de conformidad también con el dictamen emitido en idéntico sentido por el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso interpuesto por el actor y la consecuente confirmación del fallo desestimatorio de la demanda que contiene la resolución impugnada. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. [REDACTED] contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, de fecha 23 de julio de 2008 y, en consecuencia, confirmamos el fallo desestimatorio de la demanda que tal resolución contiene. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO Don FERNANDO SALINAS MOLINA A LA SENTENCIA DE SALA GENERAL DE FECHA 22-JULIO-2009 (RECURSO 3044/2008), AL QUE SE ADHIEREN, FORMULÁNDOLO CONJUNTAMENTE, LOS/AS EXCMOS/AS SRS/SRAS MAGISTRADOS/AS Don JORDI AGUSTÍ JULÍA, Doña MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA y Doña ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulamos voto particular a la sentencia dictada en Sala General en fecha 22-julio-2009 (recurso 3044/2008), para sostener la posición que mantuvimos en la deliberación, favorable a la estimación del recurso del beneficiario, personal estatutario de la seguridad social, que instaba su derecho al reconocimiento de la jubilación anticipada parcial y, consecuentemente, la casación de la sentencia de suplicación impugnada.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones:

#### I.- CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DEL LITIGIO OBJETO DE ANÁLISIS

Con carácter previo, cabe destacar las siguientes circunstancias:

a) La  cuestión debatida  consiste en determinar si una persona que ostenta la condición de personal estatuario en el SAS, puede acceder a la jubilación parcial anticipada, solicitada en fecha 13-septiembre-2007.

b) La  sentencia de suplicación ahora impugnada , revocando la sentencia de instancia, denegó el referido derecho, como sintetiza la sentencia de casación aprobada mayoritariamente de la que discrepamos, afirmando que *"la posibilidad de jubilación parcial prevista en el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/2003) 'está pendiente de desarrollo reglamentario' y que el SAS no puede realizar los contratos de relevo del art. 12.6 ET; en ese mismo sentido ha de entenderse el art. 67 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, todo lo cual, además, 'viene corroborado', según dice, por el contenido de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas específicas en materia de Seguridad Social, cuya Disposición Adicional Séptima establece expresamente que el Gobierno presentará en el plazo de un año un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, incluido el personal estatutario"*.

c) La  sentencia de contraste  (STSJ/Canarias, sede de Tenerife, 10-marzo-2006 –rollo 879/2005) considera que el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/2003) reconoce la jubilación parcial al personal estatutario, remitiéndose a los requisitos generales establecidos en la normativa de la Seguridad Social, sin que en el cuerpo, en las disposiciones adicionales o en las transitorias de aquel Estatuto se posponga su entrada en vigor, o su aplicación, a desarrollo reglamentario alguno; así como que el segundo párrafo del mencionado precepto no contempla otra previsión que la



posibilidad de fomentar ese tipo de jubilaciones por las Administraciones Públicas en supuestos de reordenación de recursos humanos.

Entendemos que la doctrina correcta era la contenida en la sentencia de contrate, por lo que el recurso de casación unificadora interpuesto por el beneficiario debería haber sido estimado.

**II.- FLEXIBILIZACIÓN DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA JUBILACIÓN PARCIAL A PARTIR DEL AÑO 2001 PARA LOGRAR QUE EN ESPAÑA SE ALCANZARA "UN GRADO DE IMPLANTACIÓN SIMILAR AL ALCANZADO EN OTROS SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL".**

La normativa reguladora de la jubilación parcial experimenta en el año 2001 una importante flexibilización, -- como destaca el preámbulo del Real Decreto 1131/2002 de 31-octubre (regulador de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial) --, en el marco de los criterios contenidos en la recomendación 10ª del Pacto de Toledo y en el apartado IV del Acuerdo sobre la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, así como de las orientaciones propuestas por las diferentes organizaciones internacionales y, en especial, por la Unión Europea. Destacándose la finalidad normativa tendente a evitar las "rigideces" que *"podían implicar una restricción en el desarrollo práctico de la jubilación parcial, que no alcanza en nuestro país un grado de implantación similar al alcanzado en otros sistemas de protección social"*.

En esta línea y en el marco de la prestación de servicios, el art. 1º de la Ley 12/2001 de 9-julio (de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad), modificó, entre otros, el art. 12.6 ET, en lo que se refería a la regulación del contrato a tiempo parcial, en orden a dotarlo de una mayor flexibilidad, tanto para el trabajador que pretende jubilarse a tiempo parcial como para el trabajador relevista.

Por su parte y en el ámbito de la Seguridad Social, el art. 34 de la Ley 24/2001 de 27-diciembre (de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), efectuó una nueva redacción al art. 166 LGSS, en orden a acomodar la regulación de la jubilación parcial a las modificaciones introducidas en el ET, previendo el apartado 4 de dicho artículo, en la redacción incorporada por la Ley 35/2002 de 12-julio, que el régimen jurídico de dicha jubilación parcial *"será el que reglamentariamente se establezca"*.

El previsto desarrollo reglamentario se efectúa a través del antes citado Real Decreto 1131/2002 de 31-octubre, regulador de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE 27-11-2002).

El art. 10 del Real Decreto 1131/2002 considera como beneficiarios de la jubilación parcial, sin distinciones, a todos *"Los trabajadores por cuenta ajena, integrados en cualquier Régimen de la Seguridad Social"*, destaca, en cuanto a la persona que pretende jubilarse

parcialmente, que "El trabajador concertará, previo acuerdo con su empresa, un contrato a tiempo parcial, reduciendo la jornada de trabajo y el salario, entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquéllos, en los términos previstos en el art. 12.6 ET" (puede entenderse que la remisión es a los principios contenidos en el art. 12.6 ET cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena no ordinarios) y, finalmente, estipula, con relación al trabajador relevista, que "la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente".

Es cierto que en esta normativa literalmente se refiere a trabajadores por cuenta ajena cuando regula el contrato a tiempo parcial (contrato de relevo) y a la jubilación parcial, pero también lo es que determinados colectivos, como el personal estatuario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social estaba ya incluido en las diversas CC.AA, en el Régimen General de la Seguridad Social, y no se efectúa exclusión o peculiaridad alguna respecto a la aplicabilidad a dicho personal de tales normas, ni se condiciona su vigencia a posibles posteriores desarrollos reglamentarios distintos de los establecidos para los trabajadores ordinarios por cuenta ajena.

### III.- INCIDENCIA DE LA LEY 55/2003 DE 16-DICIEMBRE, ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD (BOE 17-diciembre-2003).

El Estatuto Marco del personal estatuario de los servicios de salud (Ley 55/2003 de 16-diciembre), en su Exposición de Motivos, señala que "Consideración especial merece la sección 1ª del capítulo X, pues en ella se lleva a cabo la transposición al sector sanitario de dos directivas de la Comunidad Europea relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la regulación de los tiempos de trabajo y del régimen de descansos, las Directivas 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, y 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000".

Estas normas comunitarias a las que expresamente se remite se refieren a los trabajadores sin distinción, afirmando que se aplicarán "a todos los sectores de actividad, privados y públicos" (art.1.3 Directiva 93/104/CE y art. 1.3 Directiva 2000/34/CE que modifica la Directiva 93/104/CE, para incluir sectores y actividades excluidos de dicha Directiva), por lo que el propio legislador estatal al efectuar la transposición al sector sanitario de las directivas de la Comunidad Europea citadas equipara nominalmente, en estos términos, el personal estatuario a los trabajadores.

La Directiva 1993/104/CE de 23-noviembre-1993, señala el proceso hacia, por vía del progreso, para llegar a fórmulas como la del trabajo a tiempo parcial. Afirmando que "la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en el Consejo

*Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, por los jefes de Estado y de Gobierno de once Estados miembros, y en particular el párrafo primero de su apartado 7, su apartado 8 y el párrafo primero de su apartado 19 declara: <7. La realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea, proceso que se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y a las formas de trabajo distintas del trabajo de duración indeterminada, como son el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal, el trabajo de temporada>".*

Entendemos que si hipotéticamente era exigible ex art. 166.4 LGSS un desarrollo reglamentario para precisar el régimen jurídico de la jubilación racial del personal estatutario distinto al efectuado literalmente para los trabajadores por cuenta ajena por el Real Decreto 1131/2002, el referido desarrollo para este personal se ha efectuado por una norma de rango legal, en concreto en la específica para el mismo constituida por el Estatuto Marco del personal estatutario.

La citada Ley 55/2003 de 16-diciembre, se publicó en el BOE 17-diciembre-2003, entrando en vigor el día 18-diciembre-2003, coincidente con "el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»" (Disposición final tercera).

En cuanto al personal estatutario y la posibilidad de su jubilación parcial (aspecto o ámbito afectante a la seguridad social de la jubilación parcial), el art. 26.4 de la Ley 55/2003, establece que "4. Podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social" y, sin distinción entre la jubilación total o parcial, añade que "Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos".

Obsérvese lo tajante y claro del precepto legal en orden a que podrá optar a la jubilación voluntaria parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social, reconociendo expresamente el derecho y efectuándolo de forma condicionada exclusivamente a que se reúnan los "requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social" y no en cualquier otra normativa estatal o autonómica de distinta naturaleza.

Ni en el citado art. 26.4, ni en ninguna de las disposiciones adicionales, transitorias o finales de la Ley 55/2003, se establece que la jubilación parcial del personal estatutario reconocida expresamente en el art. 26.4 con remisión exclusiva a los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social requiera de un concreto desarrollo reglamentario para su aplicabilidad o eficacia.

El indicado art. 26.4 de la Ley 55/2003 no impone a las CC.AA. concretas obligaciones para que el personal estatutario a su cargo pueda acogerse a la jubilación parcial, pues, -- además de que la normativa de Seguridad Social es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.17ª CE ("*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 1.17ª Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas*") --, simplemente establece, no una obligación, sino una mera posibilidad de que puedan contemplarse globalmente tal tipo de jubilaciones parciales, no en una norma jurídica de mayor o menor rango en el ámbito autonómico, sino en un simple "*plan de ordenación de recursos humanos*", de mayor o menor amplitud en su ámbito de aplicación o contenido o vigencia temporal, pero sin que esté previsto, ni sería posible que en un plan de tales características se establecieran, requisitos para la contratación administrativa o con incidencia en los presupuestos autonómicos o menos, como se ha advertido, en la normativa de Seguridad Social ("*podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos*").

La remisión ex art. 26.4 a los "*órganos competentes de las Comunidades Autónomas*" cabe entender que lo es a los efectos, entre otros, que puedan favorecer o fomentar con carácter general (no con carácter individual o plural) el acogimiento del personal estatutario a la fórmula de la jubilación parcial, con el correlativo, en su caso, contrato o nombramiento a tiempo parcial, pues, si se examina con detalle el precepto, el plan que podrán efectuar esta dirigido directamente al personal estatutario (no a determinar los requisitos internos de los organismos administrativos o delimitar sus relaciones con las entidades gestoras de la Seguridad Social), pues lo es para "*establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación*" en el exclusivo supuesto de que lo efectuaran bajo el amparo o como consecuencia de un posible plan de ordenación de recursos humanos que pudiera haberse efectuado ("*como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos*").

La eficacia inmediata de la norma ex art. 26.4 de la Ley 55/2003 la corrobora el propio Estatuto Marco cuando al regular las normas específicas sobre el "*régimen de incompatibilidades*" del personal estatutario, establece en su art. 77.4 que "*la percepción de pensión de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial*" (norma precisamente concordante con lo previsto literalmente para los trabajadores por cuenta ajena que se jubilen parcialmente en el art. 12.6 ET).

Por otra parte en cuanto al régimen de servicios de la persona que pretenda jubilarse parcialmente y el del posible personal estatutario relevista (aspecto o ámbito afectante a la relación de servicios por la incidencia de la jubilación parcial), cabe interpretar que tiene encaje en el art. 60.1 del Estatuto Marco, regulador de la "*Jornada de trabajo a tiempo parcial*", en el que se establece expresamente que "*Los nombramientos de personal estatutario, fijo o temporal, podrán expedirse para la prestación de*

*servicios en jornada completa o para la prestación a dedicación parcial, en el porcentaje, días y horario que, en cada caso y atendiendo a las circunstancias organizativas, funcionales y asistenciales, se determine"*

Como se ha expuesto, la propia Ley 55/2003 posibilita en su art. 60.1 que se puedan efectuar "nombramientos a dedicación parcial" de personal estatutario en los mismos términos que los previstos en el art. 12.6 ET para los trabajadores ordinarios por cuenta ajena, por lo que no existen problemas legales en el ámbito administrativo para poder efectuar el contrato o nombramiento "de relevo" con objeto de cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por el personal estatutario que se jubila parcialmente. Puede, en definitiva entenderse, que a través de la normativa administrativa pueden cumplirse los principios que para el contrato de relevo se contiene en el vigente en la fecha de los hechos art. 12.6 ET o, como se especifica en el citado art. 10 Real Decreto 1131/2002, "en los términos previstos en el art. 12.6 ET".

Además respecto a las cuestiones afectantes a la Seguridad Social del "personal estatutario con nombramiento a tiempo parcial", la normativa aplicable es la misma que para los trabajadores por cuenta ajena contratados a tiempo parcial, ya que establece expresamente la Disposición adicional 14ª del Estatuto Marco que "Al personal estatutario con nombramiento a tiempo parcial a que se refiere el art. 60 de esta Ley le resultará de aplicación la disposición adicional 7ª del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y las disposiciones dictadas en su desarrollo"; es decir, se rigen en materia de Seguridad Social por las mismas normas aplicables a los "trabajadores contratados a tiempo parcial" contenidas en la citada Disposición adicional 7ª LGSS respecto a cotización, períodos de cotización, bases reguladoras y protección por desempleo.

#### IV.- LA NO INCIDENCIA DE LA LEY 7/2007 DE 12 DE ABRIL DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEO PÚBLICO (BOE 13-abril-2007) NI DE LA LEY 40/2007 DE 4-DICIEMBRE, DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL (BOE 5-diciembre-2007).

Obsérvese, por otra parte, que la posterior la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleo Público (BOE de 13 de abril) no hace referencia en esta materia relativa a la jubilación parcial a nada que pudiera entenderse afectante al personal estatutario.

No es aplicable tampoco al supuesto ahora enjuiciado la ulterior al hecho causante Ley 40/2007 de 4-diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5-diciembre-2007), ni siquiera, entendemos, para corroborar una posible solución desestimatoria (como se afirma en la sentencia aprobada mayoritariamente de la que discrepamos).

Esta Ley 40/2007 con relación a la modalidad de jubilación parcial, como destaca en su Exposición de Motivos, "se supedita el acceso a la misma, como regla general, al cumplimiento de 61 años de edad, a que el

*trabajador tenga una antigüedad de 6 años en la empresa y a que acredite un período de cotización de 30 años, y ello con el fin de garantizar que esta clase de jubilación se avenga mejor a los objetivos que con ella se pretenden obtener. Se establecen, asimismo, ajustes en los porcentajes de reducción máxima y mínima de la jornada habitual de trabajo del trabajador que pasa a la jubilación parcial, así como la necesidad de que la base de cotización del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 de aquella por la que venía cotizando el trabajador que pasa a la jubilación parcial".*

En el art. 4 de la Ley 40/2007, relativo a la "jubilación parcial", se modifican los apartados 1 y 2 del 166 LGSS y se le incorpora una nueva Disposición transitoria 17ª.

En la Disposición Adicional 29ª de la Ley 40/2007, relativa a los "Contratos de trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", se modifica la redacción del apartado 6 del art. 12 ET y se incluye en dicho artículo un nuevo apartado 7, además se incluye una nueva disposición transitoria 12ª en el ET.

Por último, en cuanto ahora más directamente nos afecta, la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/2007, relativa a la "Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos", dispone que "En el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes" y que "En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior".

Se adopta un concepto amplio de "empleado público", incluyendo en el mismo tanto a los encuadrados en el ámbito del Estatuto del Empleado Público (funcionarios y personal laboral), a colectivos excluidos del mismo como al personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, así como al personal estatutario encuadrado en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Recuérdese que conforme el art. 8.2.c) de la Ley 7/2007 de 12-abril (Estatuto Básico del Empleado Público) entre los "empleados públicos" se incluye el "personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal".

Además en ese complejo y amplio colectivo, de diverso encuadramiento a estos efectos, la normativa reguladora de su previsión o

seguridad social no está integrada exclusivamente por la establecida en el RGSS (personal estatuario, personal funcional de determinadas CCAA y personal laboral), sino también por la normativa de las denominadas Clases Pasivas (funcionarios estatales, personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, entre otros) (en especial art. 2 – ámbito personal de cobertura - del Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30-abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado).

Ya se ha indicado que dada la fecha del hecho causante, en el supuesto enjuiciado no es de aplicación la normativa resultante de la Ley 40/2007, más tampoco, entendemos, que "a posteriori" de tal texto normativo quepa extraer consecuencias en orden a entender que el personal estatuario no tiene derecho por ahora al disfrute de la pensión de jubilación parcial.

Obsérvese que, por una parte, no se establece la obligación del Gobierno o del Poder Legislativo de dictar normas reglamentarias o legislativas sobre la jubilación parcial de los colectivos afectados, pues se parte de la existencia de la referida normativa y de que el "estudio", -- que no consta efectuado a pesar del transcurso del plazo concedido --, parece que debería exclusivamente incidir en la problemática afectante a *"las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes"*; las que, en definitivas, son las "prioridades" y "garantías" a estudiar por el Gobierno en clave de armonización para el personal de distinta naturaleza al servicio de las diferentes administraciones públicas (*"tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior"*).

Por otra parte, con respecto al personal estatuario, -- al igual que acontecería de interpretarse que desde la entrada en vigor de la Ley 40/2007 la jubilación parcial no era aplicable al personal laboral al servicio de la Administración pública a la espera de un hipotético desarrollo reglamentario o "estudio" ex disposición adicional 7ª de dicha Ley 40/2007 --, resultaría contrario a los principios de seguridad jurídica y de vigencia e irretroactividad de las leyes (arts. 9.3 Constitución y 2 Código Civil), que el art. 26.4 de la Ley 55/2003 de 16-diciembre que entró en vigor el día 18-diciembre-2003 pudiera dejarse sin vigencia a la espera de un futuro desarrollo reglamentario o "estudio" por imperativo de una Ley posterior, en concreto por la Ley 40/2007 con entrada en vigor el 1-enero-2008 (Disposición Final sexta).

Adviértase que para los trabajadores ordinarios por cuenta ajena y en orden a su jubilación parcial no se ha puesto nunca en cuestión la vigencia inmediata de las normas reguladoras de la jubilación parcial y del contrato de relevo, a pesar de que el propio ET contienen normas como las que establecen que *"Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de*

*trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial* (art. 12.7.d in fine reformado por Ley 40/2007) o las que disponen que *"En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo"* (art. 12.7.e ET reformado por Ley 40/2007 coincidente con art. 12.6.d ex Ley 12/2001 de 9-julio), norma esta última que podría entenderse que guarda una gran similitud con la comentada previsión del *"plan de ordenación de recursos humanos"* ex art. 26.4 Ley 55/2003.

#### V.- CONCLUSIONES.-

1.- Entendemos, que con respecto concretamente al personal estatutario no tiene razón de ser estar a la espera un futuro desarrollo reglamentario para reconocerles el derecho a la jubilación parcial.

2.- Ni siquiera en la sentencia aprobada mayoritariamente se hace específica referencia al necesario preciso contenido de tal reglamento que impidiera ahora el reconocimiento directo del derecho solicitado. Las posibles propuestas que se formulan ya están resueltas en el Estatuto Marco y otras que plantea deberían desarrollarse, en su caso, por Ley y no reglamentariamente, sin que exista previsión en dicho Estatuto o en otra norma de igual rango de la exigencia de una nueva Ley para el desarrollo de tales cuestiones.

3.- Las normas de posible concreción en un ulterior texto relativas a la jubilación parcial de este personal cabe entenderlas ya contenidas, no en un texto meramente reglamentario, sino en un texto legal, en el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (Ley 55/2003 de 16-diciembre), único que puede regular válidamente la relación de servicios del personal estatutario, y en el que se contienen normas completas relativas a los dos aspectos de la jubilación parcial que podrían entenderse necesitados de posible desarrollo o concreción, tanto el afectante a los aspectos de seguridad social como los relativos a la relación de servicios del personal estatutario a tiempo parcial, como se ha expuesto.

4.- No tendrían que incidir en las soluciones negativas en vía administrativa o jurisdiccional con respecto a la jubilación parcial del personal estatutario, dilatando su reconocimiento a la espera de un teórico desarrollo reglamentario, las posibles críticas doctrinales al régimen de jubilación parcial o su incidencia en la sostenibilidad del sistema económico de la Seguridad Social, pues tales críticas afectarían por igual al régimen legal de tal prestación tanto para los trabajadores por cuenta ajena como para el personal estatutario que, como reiteramos, entendemos tiene actualmente derecho a dicha prestación.

5.- No resulta del todo coherente que los aspectos relativos a la prestación de servicios del personal estatutario, dado que además son lo que inciden directamente en el aspecto de la jubilación parcial como medida de fomento de empleo, queden a la valoración exclusiva del INSS a pesar de la posible contradicción de intereses con la empleadora en este extremo.



Obsérvese que en otros procedimientos de este tipo la propia Administración autonómica ha establecido los mecanismos correspondientes para ajustar la prestación de servicios de la persona que se pretende jubilar anticipadamente y la del relevista al Estatuto Marco del personal estatutario, aceptando plenamente las consecuencias de un posible reconocimiento a la jubilación parcial.

6.- Tampoco deberían incidir las reflexiones sobre la garantía del principio de mérito y capacidad para prestar servicios, incluso temporales, como personal estatutario en la Administración de la Seguridad Social, pues tal principio está salvaguardado en el Estatuto Marco del personal estatutario, y, de entenderse lo contrario, lo adecuado sería el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, pero no el denegar la prestación a la espera de un futuro reglamento, el que por su rango normativo no podría modificar dicho Estatuto ni dar respuesta a tal problemática de existir.

7.- Por último, debería valorarse la incidencia que una posible solución negativa al reconocimiento del derecho a la jubilación parcial al personal estatutario podría tener en el principio de igualdad ex art. 14 CE, puesto que está incluido, al igual que los trabajadores por cuenta ajena ordinarios, en el Régimen General de Seguridad Social, sin distinciones ni matizaciones por la diferente naturaleza jurídica de su relación de servicio. Además, reúne tanto la persona que pretende la jubilación parcial como la posible relevista idénticas condiciones a las que la normativa de Seguridad Social y la sustantiva laboral exige a los trabajadores ordinarios por cuenta ajena. Por último, es frecuente la coincidencia en el propio marco de los servicios públicos de salud de personal laboral y de personal estatutario, por lo que incluidos ambos en el citado RGSS, es difícil encontrar datos objetivos y razonables que justifiquen una posible diferencia de trato en orden a la concesión de las prestaciones contributivas de jubilación parcial.

Madrid 22 de julio de 2009.



**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Gilolmo López así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, al que se adhieren, el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Juliá, y las Excmas. Sras. Magistradas D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa Segoviano Astaburuaga y D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.